



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 1999

---

**Richterliches Entscheidungsverhalten im Lichte von Rechtsdogmatik,  
Rechtssoziologie und ökonomischer Analyse des Rechts**

Babusiaux, Ulrike

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich  
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-170791>  
Book Section

Originally published at:

Babusiaux, Ulrike (1999). Richterliches Entscheidungsverhalten im Lichte von Rechtsdogmatik, Rechtssoziologie und ökonomischer Analyse des Rechts. In: Schmidtchen, Dieter; Weth, Stephan. Der Effizienz auf der Spur. Baden-Baden: Nomos, 157-174.

Dieter Schmidtchen/Stephan Weth (Hrsg.)

# Der Effizienz auf der Spur

Die Funktionsfähigkeit der Justiz im Lichte  
der ökonomischen Analyse des Rechts



Nomos Verlagsgesellschaft  
Baden-Baden

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Der Effizienz auf der Spur** : Die Funktionsfähigkeit der Justiz im Lichte der ökonomischen Analyse des Rechts / Dieter Schmidtchen/Stephan Weth (Hrsg.). – 1. Aufl. – Baden-Baden : Nomos Verl.-Ges., 1999

ISBN 3-7890-5927-7

1. Auflage 1999

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1999. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Wie ist es um die Funktionsfähigkeit der deutschen Justiz bestellt? Bei den häufig zu hörenden Stichworten Prozeßflut, überlange Verfahrensdauer, Überlastung der Justiz, Fehleranfälligkeit, Rechtsverweigerung, überhöhte Kosten könnte der Eindruck entstehen, der Zustand der Justiz sei desolat. Der Gesetzgeber scheint der Auffassung zu sein, daß Verbesserungen dringend erforderlich sind. Er entfaltet hektische Betriebsamkeit mit dem Ziel, gerichtliche Verfahren zu vereinfachen und zu beschleunigen, die außergerichtliche Streitschlichtung zu fördern und die Gerichte zu entlasten. Aber weiß der Gesetzgeber auch, was er tut? Liegen ihm einigermaßen gesicherte Erkenntnisse darüber vor, ob eine Beschleunigung der Verfahren überhaupt geeignet ist, die Justiz zu entlasten? Hier weist die ökonomische Analyse des Rechts darauf hin, daß schnellere Verfahren vermehrt Rechtsschutzsuchende anziehen können. Das hat dann zur Folge, daß die so provozierte zusätzliche Belastung der Justiz wieder zu einer erhöhten Verfahrensdauer führt. Diese Erkenntnis läßt der Gesetzgeber ebenso unberücksichtigt wie viele andere Einsichten der ökonomischen Analyse des Rechts.

Die Fragen nach der Funktionsfähigkeit der Justiz und der Wirkung von Beschleunigungsnovellen haben uns ebenso interessiert wie etwa die Fragen, ob die Justiz überhaupt entlastet werden muß, welche Kosten die Justiz verursacht, welche volkswirtschaftliche Bedeutung das Funktionieren der Justiz hat und welcher wirtschaftliche Schaden durch eine schlecht funktionierende Justiz angerichtet werden kann. Auf diese Fragen finden sich in der rechtswissenschaftlichen Literatur vielfältige Antworten. Basieren diese Antworten aber auf gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnissen, oder handelt es sich hier lediglich um Vermutungen, die ebenso richtig wie falsch sein können?

Den genannten Fragen sind wir im vergangenen Jahr im Rahmen einer interdisziplinären Seminarveranstaltung an der Universität des Saarlandes nachgegangen und haben untersucht, ob die ökonomische Analyse des Rechts hier Antworten geben kann. Einige Seminarreferate der studentischen Teilnehmer sind im vorliegenden Werk enthalten. Wir sind uns bewußt, daß die Referate von unterschiedlicher Qualität sind. Nichtsdestotrotz fügen sich unseres Erachtens die Referate der Studenten gemeinsam mit den zahlreichen Ergänzungen von Professoren und Doktoranden zu einem Gesamtbild zusammen.

Das Bild, das so entstanden ist, ist kein schönes Bild. Es entsteht nicht der Eindruck, daß der Gesetzgeber weiß, welche Wirkungen auf Verfahren, Gerichte, Rechtssuchende und vor allem auf die Wirtschaft seine steten Änderungen des Verfahrensrechts haben. Die ökonomische Analyse der Justiz wäre in der Lage, dieser Unwissenheit abzuhelpfen.

Sie steht aber in Deutschland erst am Anfang und muß derzeit als zartes Pflänzchen bezeichnet werden, das guter Pflege bedarf, um zu einem Baum der Erkenntnis heranzureifen. Wir würden uns freuen, wenn der vorliegende Band hier einen Beitrag leisten könnte.

Saarbrücken, im Herbst 1998

Dieter Schmidtchen  
Stephan Weth

# Inhaltsübersicht

<i>Kapitel 1: Einleitung</i>	9
§ 1 Die ökonomische Analyse des Rechts (Schmidtchen)	9
 <i>Kapitel 2: Verfahrensdauer bei den Zivilgerichten</i>	 35
§ 2 Einleitung (Neunzig)	35
§ 3 Die wirtschaftlichen Folgen langer Verfahrensdauer (Gerking)	38
§ 4 Verkürzung von Verfahrenslaufzeiten – Rationale Analyse oder Macht des Zufalls (Schmidt)	48
 <i>Kapitel 3: Die Gebühren für die Inanspruchnahme der Justiz</i>	 65
§ 5 Einleitung (Kirstein)	65
§ 6 Die Übernahme der Verfahrensgebühren im US-amerikanischen und Europäischen Recht (Langer)	67
§ 7 Effizienz und Verteilungsgerechtigkeit bei den Prozeßgebühren im US-amerikanischen und europäischen Recht (Borggräfe)	82
§ 8 Rechtsschutzversicherungen, Glaubwürdigkeit und die Entscheidung zu klagen (Kirstein)	96
 <i>Kapitel 4: Der Nutzen und die Kosten der Justiz</i>	 109
§ 9 Einleitung (Bier)	109
§ 10 Ist die Justiz ihr Geld wert? (Rohleder)	111
§ 11 Die volkswirtschaftlichen Kosten der Justiz (Bier)	124
 <i>Kapitel 5: Richterliches Verhalten</i>	 137
§ 12 Einleitung (Kirstein)	137
§ 13 Was läßt Richter richten? (Mayer)	139
§ 14 Richterliches Entscheidungsverhalten im Lichte von Rechtsdogmatik, Rechtssoziologie und ökonomischer Analyse des Rechts (Babusiaux)	157

<i>Kapitel 6: Reformvorschläge: Hin zu einer effizienten Justiz</i>	175
§ 15 Einleitung (Schmidtchen)	175
§ 16 Abriß einer ökonomischen Analyse der privaten Schiedsgerichtsbarkeit (Schmidt-Trenz)	177
§ 17 Soll der Instanzenzug verkürzt werden? (Planz/Schuler)	184
§ 18 Vor- und Nachteile eines Verzichts auf Urteilsbegründung (Hammer/Dornseifer)	197
§ 19 Prozeßkostenreform und richterliche Entdeckungsfähigkeit (Schmidtchen/Kirstein)	207
§ 20 Prämien für gute Richter (Weth)	220
 <i>Kapitel 7: Schluß</i>	 237
§ 21 Ökonomische Analyse des Rechts: Ein Ausweg aus der Krise der Justiz? (Schmidtchen/Weth)	237
 <i>Literaturverzeichnis</i>	 249
 <i>Autorenverzeichnis</i>	 261



# § 14 Richterliches Entscheidungsverhalten im Lichte von Rechtsdogmatik, Rechtssoziologie und Ökonomischer Analyse des Rechts

von

Ulrike Babusiaux

## Übersicht

I.	Einleitung	157
II.	Die Frage nach dem richterlichen Entscheiden in der juristischen Methodenlehre	158
	1. Die „traditionelle“ Methodenlehre	158
	2. Infragestellung der Rationalität richterlicher Gesetzesanwendung	159
III.	Die Lösungsansätze der deutschen Rechtssoziologie	160
	1. Das richterliche Sozialprofil	161
	2. Auswirkungen des Sozialprofils auf die Entscheidungspraxis	164
IV.	Lösungsansätze gemäß der ökonomischen Analyse des Rechts	167
	1. Allokationseffizienz als richterlicher Entscheidungsgrund	168
	2. Der Richter als Eigennutzmaximierer	171

## I. Einleitung

Die Frage „Was läßt Richter richten?“ ist die Frage nach dem richterlichen Entscheidungsverhalten und den Einflüssen, den es unterliegt. Daß man diese Frage überhaupt stellt, hängt damit zusammen, daß für die Kritiker gerichtlicher Entscheidungen außer Frage steht, daß Richter aus allen möglichen Gründen ihre Urteile fällen, aber nicht zwingend allein aufgrund methodisch einwandfreier juristischer Ableitung aus dem Gesetz<sup>1</sup>. Vielleicht hat dies auch dazu geführt, daß sich die unterschiedlichsten Disziplinen mit dem richterlichen Entscheidungsverhalten auseinandergesetzt haben, wie die Psychologie, Soziologie, Philosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und jüngstens auch die ökonomische Analyse des Rechts. Die Vielfältigkeit der Ansätze und der möglichen Erklärungen lassen keine verbindliche und erst recht keine einheitliche Antwort erwarten. Dennoch kann ein Vergleich der verschiedenen Vorgehensweisen Klarheit schaffen über

---

1 Dazu Hesse, JZ 1996, 449.



schon geklärte Teilbereiche. Aus juristischer Sicht bieten sich für einen solchen Vergleich die Rechtsdogmatik oder Methodenlehre der Rechtswissenschaft, die Rechtssoziologie und die Ökonomische Analyse des Rechts an. Die Arbeit umfaßt daher drei Teile, die die Ergebnisse der jeweiligen Disziplin beleuchten.

## II. Die Frage nach dem richterlichem Entscheiden in der juristischen Methodenlehre

Die Frage nach dem richterlichen Entscheidungsverhalten stellt sich die juristische Methodenlehre in allgemeinerer Form als Frage nach dem Vorgehen bei der Rechtsanwendung, d.h. bei der Anwendung eines Gesetzes auf einen Sachverhalt und bei der Rechtsfortbildung durch den Richter<sup>2</sup>. Beschränkt man sich trotz der wachsenden Bedeutung richterlicher Rechtsfortbildung in der Praxis<sup>3</sup> auf die Betrachtung der Gesetzesanwendung, so kann man in einem Grobraster zwischen zwei gegensätzlichen methodischen Strömungen unterscheiden.

### 1. Die „traditionelle“ Methodenlehre

Die erste, die man als „traditionell“ kennzeichnen kann, umfaßt die Subsumtionsmodelle der Begriffs-, der Interessen- und der Wertungsjurisprudenz. Historisch hat dabei die Interessen- die Begriffsjurisprudenz abgelöst, um von der heute h.M. der Wertungsjurisprudenz ersetzt zu werden<sup>4</sup>. Je nach Komplexität des Falles kommt aber allen dreien eigenständige Bedeutung zu<sup>5</sup>.

Errungenschaft der von *Jhering*<sup>6</sup> geprägten **Begriffsjurisprudenz** ist die Gesetzesanwendung mittels logischer Deduktion, d.h. die im Wege des Syllogismus durchgeführte Subsumtion des Lebenssachverhaltes unter die Rechtsregel<sup>7</sup>. Probleme der Lückenhaftigkeit und Interpretationsbedürftigkeit von Rechtsregeln vermag diese Betrachtungsweise nach heutigem Verständnis aber nur unzureichend zu lösen. Insbesondere die Vorstellung, durch Abstraktion des einzelnen Rechtsbegriffes lasse sich ein System rechtlicher Prinzipien entwickeln, auf deren Ebene eine begriffliche Erfassung jeglichen Sachverhaltes möglich sei<sup>8</sup>, wird heute als zu formalistisch abgelehnt. Die Begründungstechnik der

---

2 *Coing*, in Staudinger, Einl. zum BGB, Rn. 189ff.

3 Vgl. *Picker*, JZ 1988, 1 f.; *Larenz*, Methodenlehre, S. 6f.

4 *Coing*, in Staudinger, Rn. 120ff.

5 *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, Rn. 124ff.

6 *Jhering*, Geist des römischen Rechts II, S. 358f.

7 *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 113.

8 *Jhering*, Geist des römischen Rechts, S. 40.

Begriffsjurisprudenz reicht aber dort aus, wo es um „klare“ Fälle geht, also beispielsweise um Sachverhalte, die auch der Gesetzgeber von der Norm erfaßt sah<sup>9</sup>.

Die zeitlich spätere **Interessenjurisprudenz** versteht Rechtsnormen als Resultate miteinander kollidierender menschlicher Interessen, sogenannter „Begehrungsvorstellungen“<sup>10</sup>, wobei die Rechtsnorm jeweils entscheidet, ob und wie das eine kollidierende Interesse auf Kosten des anderen durchgesetzt werden soll<sup>11</sup>. Entsprechend kann bei Interpretationsproblemen auf die dem Gesetz zugrundeliegende Entscheidung des Interessenkonfliktes zurückgegriffen werden<sup>12</sup>. Damit rückt der Zweck der rechtlichen Regel in den Vordergrund, der erlaubt zu bestimmen, ob ein Sachverhalt noch von der gesetzgeberischen Entscheidung erfaßt ist oder nicht.

Ähnlich verfährt die **Wertungsjurisprudenz**, die vom Einzelzweck der Rechtsnormen auf die grundlegenden gesetzgeberischen Wertungen schließt<sup>13</sup> und somit anders als die Interessenjurisprudenz auch Fälle erfassen kann, die der historische Gesetzgeber nicht bedacht hat. Aussagen über das *tatsächliche* Entscheidungsverhalten von Richtern macht diese traditionelle Lehre nicht. Daraus aber, daß die Wertungsjurisprudenz Ansätze entwickelt hat, Wertentscheidungen rational zu begründen<sup>14</sup>, läßt sich schließen, daß sie das richterliche Entscheiden grundsätzlich für rational motiviert hält. Vielfach meint man dem Rationalitätserfordernis auch dadurch genüge getan zu haben, daß die angegebene Begründung der Entscheidung diesem entspricht<sup>15</sup>. Nach dieser „traditionellen“ methodischen Reflexion richterlicher Rechtsanwendung steht also die Subjektivität der mit der Entscheidung verbundenen Werturteile der objektiven Nachprüfbarkeit einer Entscheidung grundsätzlich nicht entgegen.

## 2. Infragestellung der Rationalität richterlicher Gesetzesanwendung

Diese Betrachtungsweise ist durch Essers Lehre vom Vorverständnis<sup>16</sup> radikal in Frage gestellt worden. Seine Kritik lautet, daß die akademische Methodenlehre dem Richter keine Entscheidungshilfe sei, sondern dieser sie nur für eine nachträgliche Begründung „lege artis“ eines anderweitig gefundenen Ergebnisses heranziehe<sup>17</sup>. Er beruft sich dabei auf Aussagen von Richtern. Als Gründe für die weitgehende Nutzlosigkeit der juristischen Methodenlehre in der Praxis nennt er, daß diese keine Aussagen oder Analysen darüber mache, welche Faktoren das Richtigkeitsverständnis bestimmten und wie sich dieses auf die Auswahl und Verwendung der Rechtsanwendungsinstrumente auswirke<sup>18</sup>.

---

9 Pawlowski, Rn. 134.

10 Heck, AcP 1914, 1, 17 u. 49f.

11 Heck, AcP 1914, 1ff.

12 Heck, AcP 1914, 1, 59 u. 111.

13 Pawlowski, Rn. 130.

14 Vgl. Überblick bei Larenz, S. 119 ff.

15 Pawlowski, Rn. 135.

16 Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung.

17 Esser, S. 7.

18 Esser, S. 8.

Vielmehr greife sie auf Leerformeln und bloße Bekenntnisaussagen zurück, sobald es nicht mehr um die bloße Deduktion von technisch-logischen Sätzen handle. Wenn Richter somit nicht auf die von der Methodenlehre entwickelten Vorgehensweisen vertrauen, müssen sie auf anderem Weg zu ihrer Entscheidung gelangen.

Nach *Esser* bedient sich der Richter dabei seines „Vorverständnisses“, d.h. eines aufgrund sozialer Erfahrung ausgebildeten „kategorialen Apparates“, der es ihm ermögliche, die relevanten Merkmale eines Falles und die zu dessen Lösung geeignete Norm auszuwählen<sup>19</sup>. Dieser Apparat sei aber nicht von der Methodenlehre ausgebildet, sondern Ausdruck des richterlichen Rechtsgefühls oder seines „Judiz“<sup>20</sup>. Auch diesem Rechtsgefühl müsse sich die Methodenlehre annehmen und versuchen, es näher zu bestimmen. *Esser* empfiehlt hierfür den Rückgriff auf die normativen Erwartungen der Rechtsgemeinschaft, die aus dem gesellschaftlichen Konsens über die Zurückstellung bestimmter Interessen gewonnen werden könnten<sup>21</sup>. Der Richter müsse also seine Entscheidung an diesem Wertkonsens auf ihre Richtigkeit überprüfen<sup>22</sup>.

*Esser* scheint somit der Verdienst zuzukommen, das in der öffentlichen Diskussion geäußerte Unbehagen über die Gründe richterlichen Entscheidens in die Methodendiskussion eingebracht zu haben. So gestehen heute auch Vertreter der „traditionellen“ Methodenlehre zu, daß „manche Richter in der von *Esser* beschriebenen Weise verfahren“<sup>23</sup>. Kritiker der Vorverständnistheorie halten aber auch dieses Eingeständnis für überflüssig, da die moderne Erkenntnistheorie die subjektive Bedingtheit jeden Entscheidens einräume und dieses somit auch von der „traditionellen“ Methodenlehre vorausgesetzt werde<sup>24</sup>. Auch wenn man diese Kritik und die noch viel weitergehenden Bedenken<sup>25</sup> gegen *Essers* Lehre teilt, muß man ihr mit Blick auf die Realität eine große Anziehungskraft bescheinigen. Allerdings bleiben bei *Esser* viele Detailfragen ungeklärt, etwa, was das Vorverständnis im einzelnen erfaßt, und wie der Richter die Wertvorstellungen der Gesellschaft ermitteln soll. Damit –so zeigt dieser Überblick– fehlt es bisher in der juristischen Methodenlehre an einem überzeugenden Gesamtkonzept, um richterliches Entscheidungsverhalten in all seinen Facetten zu erfassen.

### III. Die Lösungsansätze der deutschen Rechtssoziologie

In der Soziologie gibt es schon in Weimarer Republik Zweifel an der Rationalität des Richtens: Man wirft den Richter vor, ‘Klassenjustiz’ zu betreiben, d.h. daß der „bourgeoise“ Richter durch den Stil der Prozeßführung, die einseitige Aufnahme und Würdi-

---

19 *Esser*, S. 10.

20 *Esser*, S. 23 u. 28.

21 *Esser*, S. 166.

22 *Esser*, S. 167 f.

23 *Larenz*, S. 210 f.

24 *Bydlinski*, S. 173.

25 Dazu vor allem: *Bydlinski*, S. 172 ff.; *Picker*, JZ 1988, 1 ff.



gung des Sachverhaltes, die Auslegung der Gesetze und die Praxis der Strafzumessung die Arbeiterklasse benachteilige<sup>26</sup>. Nach marxistischer Auffassung erklärt sich diese Benachteiligung „naturnotwendig“ aus der Angehörigkeit des Richters zur Bourgeoisie und hat mit persönlichen Vorlieben und Eigenheiten wenig zu tun. Aus dieser Ideologie erklärt sich, warum für den Beweis von Klassenjustiz der Nachweis ausreichte, daß der Richterstand sich ausschließlich aus der herrschenden, bourgeoisien Klasse rekrutierte<sup>27</sup>. Diese Vorstellungen prägen auch Untersuchungen der Soziologie in den 60er Jahren, die nicht nur den Begriff der „Klassenjustiz“, sondern auch die Vorstellung übernehmen, aus dem Sozialprofil der Richter lasse sich seine Entscheidungsfindung erklären.

### *1. Das richterliche Sozialprofil*

Dieses Sozialprofil läßt sich im Sinne der Sozialisationstheorie<sup>28</sup> aufschlüsseln in Hintergrundmerkmale, lebensgeschichtliche Merkmale und Attribute einer Persönlichkeit. Hintergrundmerkmale umfassen dabei persönlichkeitsbildende Faktoren wie Geschlecht, Konfession, Elternhaus, Beruf und Schichtenzugehörigkeit des Vaters. Die empirische Erforschung dieser Merkmale in bezug auf die deutsche Richterschaft stammt aus den 60er Jahren und ist somit in vielen Teilen überholt. Da aber die daran anknüpfende Interpretation von W. Richter noch immer die Diskussion beeinflusst, seien einige Ergebnisse kurz genannt<sup>29</sup>. Tabelle 1 zeigt, daß die zwischen 1961 und 1965 eingestellten Richter überdurchschnittlich häufig aus der Oberschicht, d.h. nach Einschätzung W. Richters konservativem Milieu entstammten. Da nach dem Modell der Sozialisationstheorie die schichtenspezifischen Wertvorstellungen des Elternhauses die Wertvorstellungen eines Menschen prägen, ließ hiernach schon die Herkunft der Richter auf konservative Einstellungen schließen<sup>30</sup>.

---

26 Reh binder, Soziologie der Justiz, S. 10 f.

27 Reh binder, S. 11; Röhl, S. 357.

28 Röhl, S. 348.

29 Richter, Zur soziologischen Struktur.

30 Richter, S. 10f. u. 14f.

Tabelle 1: Einige Hintergrundmerkmale der 1961-1965 eingestellten Richter

Hintergrundmerkmal	Untersuchte Richter	Gesamtbevölkerung
Beruf des Vaters <sup>31</sup>	Akademiker: 30,1 % Juristen: 20,9 % Beamte: 44 % Wirtschaft: 31,5 %	
Schichtenzugehörigkeit des Vaters	OM <sup>32</sup> : 45,6 % [OM (Janowitz): 62,7 %] <sup>33</sup> UM: 45,3 % OU: 4,8 % UU: 0,9 %	OM: 4,6 % UM: 38,6 % OU: 13,3 % UU: 38,6 %

In dieselbe Richtung lief die vor allem in den 70er Jahren stattfindende Erforschung der lebensgeschichtlichen Merkmale, die sich auf die Ausbildung der angehenden Richter konzentrierte. Exemplarisch sind hier die Studien von *Kaupen* und *Kaupen/Rasehorn*, aus denen nur die Kriterien Typ des besuchten Gymnasiums, Universitätsausbildung und Examensnote herausgegriffen werden sollen: Aus ihrer Beobachtung, daß Jurastudenten doppelt so häufig wie andere ein humanistisches Gymnasium besucht hatten, und unter der Annahme, die humanistische Ausbildung sei tendenziell konservativ, kamen die Autoren zu dem Schluß, daß die Schule die herkunftsbedingte konservative Einstellung junger Juristen noch verstärkte<sup>34</sup>. Auch dem juristischen Studium wird eine konservative Tendenz zugeschrieben; zwar bleibt ungeklärt, ob dieses nur besonders konservative, autoritäre Persönlichkeiten anzieht oder ob das Studium als Vermittlung einer „Herrschaftswissenschaft“ und als Vorbereitung auf einen statuserhaltenden Beruf selbst autoritäres Verhalten fördert – am Ergebnis ändert das jedoch für *Kaupen* nichts<sup>35</sup>. Die guten Examensnoten von angehenden Richtern als drittes hier interessierendes Kriterium reflektieren nämlich nach seiner Ansicht die hohe Identifikation der Richter mit den im Jurastudium vermittelten statuserhaltenden Wertvorstellungen<sup>36</sup>. Nach dieser Untersuchung sprachen also auch die lebensgeschichtlichen Merkmale für eine konservative Prägung der Richter.

Das letzte Element des richterlichen Sozialprofils, die richterlichen Attribute, worunter Parteizugehörigkeit, Einkommen, Wohnsitz, politische, gesellschaftliche und rechtliche Einstellungen fallen, meinten *Kaupen/Rasehorn* durch evokative Fragen ermitteln zu

31 Wegen Überschneidungen ist die Summe größer als 100 %; vgl. *Richter*, S. 19, Tab.9.

32 OM= Oberschicht; sie umfaßt: freie Berufe, Beamte des höheren Dienstes, selbständige Geschäftsleute mit größerem Betrieb, leitende Angestellte.

33 OM nach Janowitz umfaßt ferner die Beamten des gehobenen Dienstes; vgl. *Richter*, S. 19 f.

34 *Kaupen/Rasehorn*, Die Justiz zwischen Obrigkeitsstaat und Demokratie, S. 59/60; kritisch: *Richter* S. 24.

35 Dazu im Überblick: *Röhl*, S. 349.

36 *Kaupen/Rasehorn*, S. 62, Tab.19; im ersten Staatsexamen hatten 21% der Richter, im zweiten 14% gut /sehr gut erreicht, sowie 48% bzw. 66% befriedigend.

können. Als Beispiel können die Fragen und Antworten zum Weltbild und Selbstverständnis der Richter dienen, wie sie die folgende Tabelle 2 zeigt<sup>37</sup>:

Tabelle 2: Weltbild und Selbstverständnis der befragten Richter

Frage:	Zustimmung		Ablehnung	
	völlig	bedingt	bedingt	völlig
1. Ordnung vor Gerechtigkeit ?	7 %	34 %	33 %	25 %
2. Härtere Strafen gegen Kriminalität ?	17 %	37 %	25 %	21 %
3. Bewahrende Funktion des Juristen ?	14 %	42 %	33 %	11 %

Frage 1 stellt nach Ansicht der Autoren den Konflikt zwischen überkommenen Strukturen (Ordnung) und sozialen Umwälzungen zugespitzt dar. Die zustimmende Antwort auf diese Frage ist danach Zeichen einer konservativen Haltung – die Ablehnung, wie sie hier bei der Mehrheit der befragten Richter (58 %) vorzufinden ist, Zeichen einer liberalen Gesinnung. In Bezug auf Richter messen die Autoren ihrem Kriterium allerdings keinen Aussagegehalt zu: In der modernen Strafrechtsdoktrin werde die Ordnung als Strafgrund tabuisiert und eine Bestrafung sei nur aus Gerechtigkeitsgründen zulässig<sup>38</sup>. Daher wagten die Befragten nicht, der Ordnung Vorrang vor der Gerechtigkeit einzuräumen, d.h. die konservative Haltung zu bekunden.

Auch die Antworten auf die Frage nach härterer Bestrafung zur Kriminalitätsbekämpfung (Frage 2) werden von *Kaupen/Rasehorn* entgegen den Zahlen interpretiert: Die bei den Richtern vorherrschende bedingte Ablehnung wird ausgelegt als Ablehnung der doppelten Prämisse der Frage (1. Zunahme der Kriminalität/ 2. Härtere Strafen zur Bekämpfung), nicht aber als Ablehnung des zugrunde liegenden konservativen Konzeptes. Daß die Mehrheit der befragten Richter dem Juristen in der Gesellschaft eine bewahrende Funktion zusprechen (Frage 3), entspricht dann wieder den Vorstellungen der Interpreten, spricht es doch für die konservative Einstellung der Befragten<sup>39</sup>.

Nach diesen Untersuchungen scheint auch in der Bundesrepublik der Vorwurf „Klassenjustiz“ i.S. einer im Interesse der Oberschicht verzerrten Rechtsprechung gerechtfertigt: Die Richter entstammen meist dem Beamtentum und erleben eine Ausbildung an Schule und Universität, die ihre herkunftsbedingte konservativ-autoritäre Haltung noch fördert. Sieht man dieses Sozialprofil bei allen zu äußernden Bedenken<sup>40</sup> (Alter der Untersuchung, methodische Mängel, offensichtliche Voreingenommenheit der Autoren) als gültig an, stellt sich die Folgefrage, ob und wie sich die genannten Faktoren auf das Entscheidungsverhalten des Richters auswirken.

37 Zusammenstellung aus *Kaupen/Rasehorn*, S. 68, Tab.21, 69, Tab. 22, 73, Tab. 24, 74, Tab.25.

38 *Kaupen/Rasehorn*, S. 68 f.

39 *Kaupen/Rasehorn*, S. 74 f.

40 Zur Kritik vgl. etwa *Röhl*, S. 356: geringes empirisches Material, keine theoretische Untermauerung der Mentalitätserforschung; u.E.auch Voreingenommenheit.



## 2. Auswirkungen des Sozialprofils auf die Entscheidungspraxis

Die dazu vorliegenden Untersuchungen kommen nicht zu einheitlichen Ergebnissen. Der Chronologie entsprechend muß hier zunächst auf die Untersuchung von *Opp/Peuckert* eingegangen werden, die 1968 Fragebögen mit fiktiven Fällen an 500 zufällig ausgewählte bayrische Strafrichter verschickten, von denen 55,2 % antworteten. Die Fälle und ihre Varianten waren so gestaltet, daß die Schichtenzugehörigkeit von Opfer und Täter jeweils variierte, es also vier verschiedene Fallgestaltungen gab. Jeweils 25 % der Richter erhielten eine dieser Versionen.

Beispiel: Fall 2 a lautete

„Vor Gericht steht B, *Major der Bundeswehr*, 55 Jahre alt. Die Anklage lautet auf Totschlag. Die Gerichtsverhandlung ergibt folgenden eindeutigen Sachverhalt:

Am 1.5.1965 wurde die 13jährige Tochter des Major B, die ein Gymnasium besucht, auf dem Heimweg von dem 52jährigen *Regierungsrat V* überfallen und vergewaltigt. Major B griff sofort, nachdem er davon hörte, nach seiner Dienstwaffe und erschoss den ihm bekannten V. *Regierungsrat V war verheiratet und Vater von drei Kindern.* Die Verhandlung ergab, daß Major B, bisher ohne Vorstrafen, im Affekt gehandelt hat. Nach der Tat stellte sich Major B der Polizei, legte ein volles Geständnis ab und erklärte, daß er den Vorfall zutiefst verabscheue, da er prinzipiell gegen jede Art von Selbstjustiz sei.“<sup>41</sup>

Während in Fall 2a sowohl Täter als auch Opfer der Oberschicht angehörten, war der Täter in Fall 2b ein arbeitsloser Hilfsarbeiter, d.h. Angehöriger der Unterschicht, in Fall 2c entstammte der Täter der Oberschicht, während das Opfer ein unverheirateter und vorbestrafter Arbeiter der Unterschicht war und in Fall 2d entstammten sowohl der Täter als auch das Opfer der Unterschicht<sup>42</sup>. Ein zweiter Teil des Fragebogens diente der Ermittlung der „konservativen“ oder „liberalen“ Einstellungen der Richter, die dann mit den jeweiligen Urteilen in Verbindung gesetzt werden sollten.

Als „konservativ“ wurde ein Richter eingestuft, der folgenden Aussagen zustimmte<sup>43</sup>:

- Den meisten Jugendlichen geht es heute zu gut; es ist höchste Zeit, daß sie wieder straffe Disziplin lernen.
- Heutzutage nehmen immer mehr Leute an persönlichen Angelegenheiten anderer Anstoß, die sie überhaupt nichts angehen.
- Wie die Menschen nun mal so sind, wird es immer Kriege geben.

Als „liberal“ wurde ein Richter eingestuft, der folgende Ansichten teilte<sup>44</sup>:

---

<sup>41</sup> *Opp/Peuckert*, Ideologie und Fakten, S. 31.

<sup>42</sup> *Opp/Peuckert*, S. 31 f.

<sup>43</sup> *Opp/Peuckert*, S. 52.

<sup>44</sup> *Opp/Peuckert*, S. 53.

- Ein größerer Teil unserer Wirtschaft sollte verstaatlicht werden.
- Durch eine grundlegende Gesellschaftsreform könnte man Armut fast ganz beseitigen.

*Opp/Peuckert* verglichen zunächst die verschiedenen Urteile (Tat) sowie die jeweils von den Richtern angegebenen gerade noch vertretbaren Höchsturteile (Max) und Mindesturteile (Min) hinsichtlich ihres Strafmaßes. Tabelle 3 zeigt die Antworten in %<sup>45</sup>. Auffällig war die große Varianz der Urteile: Selbst wenn man alle unter 9% liegenden Antworten unberücksichtigt läßt, ergibt sich in allen vier Fallvariationen ein Strafmaß von 6 Monaten mit Bewährung bis zu 5 Jahren ohne Bewährung. Signifikante Unterschiede nach der Schichtenzugehörigkeit von Opfer und Täter ergeben sich dabei zunächst nicht<sup>46</sup>.

Tabelle 3: Urteilsentscheidungen in Fall 2

Höhe des Urteils	Fall 2a			Fall 2b			Fall 2c			Fall 2d		
	Min	Tat	Max	Min	Tat	Max	Min	Tat	Max	Min	Tat	Max
bis 5 Mon. mit Bewährung	2	0	0	1	0	0	3	4	1	1	1	1
6-8 Mon. mit Bewährung	20	10	2	23	11	3	31	12	4	27	16	4
9-10 Mon. mit Bewährung	14	19	5	11	15	5	9	21	9	7	15	8
6-11 Mon ohne Bewährung	17	10	7	27	15	4	29	21	9	25	12	7
12-17 Mon. ohne Bewährung	15	17	19	18	20	22	16	16	22	17	17	20
18-24 Mon. ohne Bewährung	10	22	25	9	15	22	7	16	24	13	16	24
2,5-5 Jahre ohne Bewährung	10	12	27	4	19	32	1	9	28	5	17	28
5-12 Jahre ohne Bewährung	5	8	5	0	3	5	1	1	1	4	4	8
ohne Antwort	7	5	7	7	3	7	1	0	1	0	1	0

Setzt man aber die Urteile in Beziehung zur „konservativen“ oder „liberalen“ Gesinnung des Richters in dem oben definierten Sinne, ergibt sich hinsichtlich der relativen Urteils-härte folgendes Bild<sup>47</sup>:

45 Vgl. *Opp/Peuckert*, S. 42 f., Tab. 7a/7b.

46 *Opp/Peuckert*, S. 42 ff.

47 Vgl. *Opp/Peuckert*, S. 54, Tab. 11: Zahlen entsprechen der relativen Urteilshärte.

Tabelle 4: Urteile konservativer und liberaler Richter im Vergleich

Falltyp	Konservative Richter	Liberaler Richter
2a) Täter: Major/ Opfer: Regierungsrat	88,33	74,70
2b) Täter: Arbeiter/ Opfer: Regierungsrat	88,84	70,12
2c) Täter: Major/ Opfer: Arbeiter	55,97	78,39
2d) Täter: Arbeiter/ Opfer: Arbeiter	96,02	50,34

Die Tabelle scheint somit die These, „konservative“ Richter urteilten härter über Täter aus der Unterschicht (Fall 2b/2d) zu bestätigen. Dies gilt umgekehrt für die „liberalen“ Richter, die die Täter aus der Oberschicht (Fall 2a/2c) härter bestraften. Nach dieser Untersuchung ergibt sich somit ein differenziertes Bild: Zwar ist für die Gesamtheit der Richter keine Benachteiligung der Unterschicht i.S. der „Klassenjustiz“ erkennbar; die Tatsache aber, daß „konservative“ Richter Täter aus der Unterschicht härter bestraften als „liberale“, schien ein Beweis der These vom Einfluß des Sozialprofils auf die Entscheidungspraxis<sup>48</sup>. Genau dies stellt eine Studie zur Arbeitsgerichtsbarkeit<sup>49</sup> von 1982 in Frage. Diese Untersuchung hatte primär den Zweck, eine Aussage über die auf den Ausgang eines arbeitsgerichtlichen Verfahrens wirkenden Faktoren zu treffen. Aus diesem Grunde wurde anders als in den vorangegangenen Projekten ein mehrstufiges Modell gewählt, das sich nicht allein auf die durch die Sozialisationstheorie beschriebenen Merkmale beschränkte, sondern auch Merkmale der Rollen- und Bezugsgruppentheorie berücksichtigt. Die Bezugsgruppentheorie untersucht, welche Gruppen man sich als Mitgliedschaft- oder symbolische Gruppen auswählt und versucht, daraus Rückschlüsse auf Einstellungen zu ziehen. Die Rollentheorie betrachtet ergänzend den einzelnen im Netz seiner sozialen Bezüge und Regelungen<sup>50</sup>. Zusammen mit dem Modell der Sozialisationstheorie ergaben sich somit drei Ebenen, auf denen die Person des Richters mit ihren Wechselwirkungen auf die Umgebung erforscht wurde<sup>51</sup>, vgl. Tabelle 5:

Tabelle 5: Mehrebenen- und Mehrmethodenansatz der Untersuchung (vereinfacht)

Ebene	Methode
Sozialprofil: Merkmale der Person	Befragung zu Herkunft, Lebensgeschichte und zur Einstellung zu aktuellen Problemen
Verhandlung: Verhalten des Richter	Beobachtung und Fixierung des richterlichen Verhandlungsstiles
Urteil: tatsächliches Ergebnis	Aktenanalyse; Maßstab: Erfolg des Arbeitnehmers

48 Vgl. auch Reh binder, S. 20 oder Röhl, S. 359.

49 Rott leuthner, ZRSoz 1982, 82 ff.

50 Rott leuthner, ZRSoz 3, 1982, 82, 90 f.

51 Rott leuthner, ZRSoz 3, 1982, 82, 92.



Damit wurden Defizite der vorhergehenden lediglich monokausalen Untersuchungen deutlich. Zwei Ergebnisse, die nach Ansicht *Rottleuthners*<sup>52</sup> den Sozialprofilansatz völlig in Frage stellen, sollen hier vorgestellt werden: Während die durch Befragung der Richter ermittelten Einstellungen relativ konsistent, d.h. widerspruchsfrei erschienen, zeigte der Vergleich mit dem Prozeßverhalten und dem Urteil, daß keiner der Richter trotz gegenteiliger Selbsteinschätzung entsprechend dieser Einstellung handelte. Bei Kombination der drei untersuchten Ebenen war es nicht einmal möglich, die Richter in eine eher arbeitnehmerfreundliche bzw. -feindliche Gruppe zu isolieren. Kennzeichnend war vielmehr eine „Zwar-aber-Einstellung“<sup>53</sup>, die jede Festlegung in eine Richtung vermied<sup>54</sup>. Ein Vergleich des Aussagegehalts der verschiedenen Variablen zeigte schließlich, daß die untersuchten Faktoren sich nicht gleich stark auf das Entscheidungsverhalten auswirken: Während der statistische Zusammenhang zwischen Sozialprofil und entsprechendem Urteil nach dieser Untersuchung nicht signifikant ist, besteht ein statistisch erheblicher Zusammenhang zwischen richterlichem Verhandlungsstil und Prozeßausgang. Diese Beobachtung läßt sich dahin zuspitzen, daß es einem Arbeitnehmer im Prozeß nichts nutzt, einen Richter zu haben, der DGB-Mitglied ist, solange dieser einen passiv-belehrenden Verhandlungsstil pflegt<sup>55</sup>. Ein aktiver, eingreifender Verhandlungsstil dagegen wirkt sich unabhängig von den Einstellungen des Richters positiv auf die Gewinnchancen aus<sup>56</sup>.

Die somit nachgewiesene Inkonsistenz von Einstellungen sowie den mangelnden Aussagegehalt persönlichkeitsbezogener Faktoren im Vergleich mit verfahrensbezogenen Variablen sieht *Rottleuthner* als Widerlegung des Gesamtansatzes der Sozialisationstheorie: Nicht das Sozialprofil eines Richters sei entscheidend für seine Spruchpraxis, sondern verfahrensrechtliche und tatsächliche Umstände, sowie das berufliche Umfeld. Es sei notwendig, die Rolle des Prozeßrechts für die Entscheidung zu würdigen. Studien, die bisher versucht haben, Entscheidungen aus der Verfahrenssituation zu erklären, bestätigen diese These. Wie aber prozessrechtliche Institute das Entscheidungsverhalten des Richters und damit den Prozeßausgang beeinflussen, hat die Rechtssoziologie u. E. noch nicht untersucht. Ansätze in diese Richtung gibt es aber in der ÖAR.

#### IV. Lösungsansätze gemäß der ökonomischen Analyse des Rechts

Diese unterstellt bei der Analyse rechtlicher Regeln und Vorgänge<sup>57</sup> den homo oeconomicus, d.h. den eigennützigen rationalen Menschen, der sich nach Abwägung aller

52 *Rottleuthner*, ZRSoz 3, 1982, 82, 103 f.

53 *Rottleuthner*, ZRSoz 3, 1982, 82, 103.

54 *Rottleuthner*, ZRSoz 3, 1982, 82, 102 f.

55 *Röhl*, S. 359 im Anschluß an *Rottleuthner*, ZRSoz 3, 1982, 82, 113.

56 *Rottleuthner*, ZRSoz 3, 1982, 82, 113.

57 Zu den Zielen und unterschiedlichen Strömungen der ÖAR: *Taupitz*, AcP 1996, 114, 119; 1983, *Schäfer/Ott*, JZ 1988, 213, 214.

Entscheidungsalternativen zugunsten seiner individuellen Nutzenmaximierung entscheidet<sup>58</sup>. Für die Frage nach dem richterlichen Entscheidungsverhalten muß man daher mit Posner formulieren: „What do judges maximize?“<sup>59</sup>

### 1. Allokationseffizienz als richterlicher Entscheidungsgrund?

Antwort auf diese Frage könnte zunächst die sog. Evolutionstheorie geben, die behauptet, die von Richtern geschaffenen Regeln seien tendenziell effizient und dies mit einem evolutionären Prozeß richterlicher Regelbildung begründet. Das Grundmodell dieses Prozesses stammt von Rubin<sup>60</sup>. Es beschreibt einen Schadensfall, in dem A der potentielle Schädiger und der Beklagte B der potentielle Geschädigte und der Kläger ist. Der Schaden des B pro Unfall ist X. Nach Rubins erster Annahme, sollen für die Konfliktlösung nur zwei rechtliche Lösungen denkbar sein: entweder verpflichte die Regel den A, dem B für jeden Schaden X Ersatz zu leisten oder sie gebe B keinen Anspruch auf X gegen A, d.h. B müsse seinen Schaden selbst tragen. Die zweite Annahme lautet, daß derjenige von A und B, dem die Kosten des Unfalls auferlegt würden, unfallverhütende Maßnahmen ergreifen werde, die Kosten (S) verursachen, im Gegenzug aber die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts (N) verringerten. Der Gesamtwert des Unfalls (T) bestimmt sich somit als Summe der Vermeidungskosten und der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts:

Tabelle 6: Gesamtwert des Unfalls

Rechtliche Regel:	A muß zahlen	B muß zahlen
Kosten der unfallverhütenden Maßnahmen	Sa	Sb
Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts	(Na): $N_a = N_a(S_a)$	(Nb): $N_b = N_b(S_b)$
Gesamtwert des Unfalls	$T_a = S_a + N_a X$	$T_b = S_b + N_b X$

Unter der weiteren Annahme, daß gemeinsame Aktivitäten zur Schadensvermeidung nicht möglich sind, läßt sich die effiziente Regel definieren: Die Regel „A muß zahlen“ ist effizient, wenn  $T_a < T_b$ , die Regel „B muß zahlen“ ist effizient, wenn  $T_a > T_b$ , denn im ersten Fall könnte A, im zweiten Fall B, eine kostengünstigere Reduzierung der Schadenswahrscheinlichkeit erreichen.

Rubin geht ferner davon aus, daß die Wahrscheinlichkeit, vor Gericht zu gewinnen, im Common Law vom Präzedenzfall (precedent) abhängt, wobei er unterstellt, daß der Richter diesem folgen wird. Formuliert man die Wahrscheinlichkeit, daß B vor Gericht gewinnen wird, als R, ergibt sich:  $R > \frac{1}{2}$ , wenn der Präzedenzfall wie 1. Alternative („A muß zahlen“);  $R < \frac{1}{2}$ , wenn der Präzedenzfall wie 2. Alternative („B muß zahlen“).

58 Posner, Economic Analysis of Law, S. 3 f.

59 Posner, S. 505.

60 Rubin, J.of Legal Studies 1977, 51 ff.

Nimmt man weiterhin an, daß ein außergerichtlicher Vergleich z.B. aufgrund erhöhter Transaktionskosten unmöglich ist, dann ist  $R$  auch die Wahrscheinlichkeit, mit der ein Richter zugunsten des  $B$  entscheidet, d.h. dem Präzedenzfall folgt. Somit gilt  $R = 1$ , wenn der Präzedenzfall wie 1. Alternative („A muß zahlen“), und  $R = 0$ , wenn der Präzedenzfall wie 2. Alternative („B muß zahlen“) . Für das Funktionieren des Effizienzmechanismus sind nach *Rubin* weitere Bedingungen zu unterstellen, von denen die Tabelle die wichtigsten zeigt<sup>61</sup>:

Tabelle 7: Voraussetzungen für das Funktionieren des Modells.

1. Beide Streitparteien kennen $R$ und sind sich über dessen Höhe einig .
2. A und B haben gleiche streitwertunabhängige Prozeß- und Vergleichskosten.
3. Eine Vergleichslösung scheitert an rechtlichen Regeln oder Transaktionskosten.
4. Beide Parteien haben ein Regelbildungsinteresse <sup>62</sup> (future precedential interests).
5. Eine einzige gegenteilige Entscheidung gilt als Abänderung des Präzedenzfalls.

Ob die Parteien vor Gericht gehen, d.h. sich nicht vergleichen, hängt nunmehr ab von den erwarteten Prozeßgewinnen und Verlusten ( $V$ ),

$$A: \quad V_a = R (-X) + (1-R) T_a - C$$

$$B: \quad V_b = R (X) + (1-R) (-T_b) - C,$$

wobei anzunehmen ist, daß A und B nur vor Gericht gehen, wenn die zu erwartenden Verluste des einen (angenommen A) nicht die Gewinne des anderen (angenommen B) übersteigen, d.h. wenn:  $V_a + V_b > 0$ . Daraus folgt die Bedingung für das Stattfinden eines Prozesses (mit  $C$  = Gerichtskosten<sup>63</sup>):

$$V_a + V_b > 0$$

$$\Leftrightarrow R (-X) + (1-R) T_a - C + R (X) + (1-R) (-T_b) - C > 0$$

$$\Leftrightarrow (1-R) (T_a - T_b) - 2 C > 0$$

$$\Leftrightarrow (1-R) (T_a - T_b) > 2 C$$

61 Vgl. Liste bei *Aranson*, in: *Schulenburg/Skogh*, Law and Economics, S. 51, 56.

62 Übersetzung von *Schäfer*, in *Ott/Schäfer*, 1, 22.

63 *Rubin*, J. of Legal Studies 1977, 51, 58; *Aranson*, in *Schulenburg/Skogh*, S. 51, 57; anders nach § 91 I S.1 ZPO: „Die unterliegende Partei hat die Kosten des Rechtsstreites zu tragen (...)“. Damit ergeben sich folgende Werterwartungen:  $A: V_a = -R (X + 2 C) + (1-R) T_a$  und  $B: V_b = R X - (1-R) (T_b + 2 C)$ .



Angewandt auf den precedent „A muß zahlen“ ergibt sich:

Regel des Präzedenzfalles: „A muß zahlen“	
ist effizient, wenn $T_a - T_b < 0$ (denn dann $T_a < T_b$ )	ist ineffizient, wenn $T_a - T_b > 0$ (denn dann $T_a > T_b$ )
condition for trial: $(1 - R) (T_a - T_b) < 2 C$	condition for trial: $(1 - R) (T_a - T_b) > 2 C$
=> außergerichtliche Einigung	=> Gerichtsentscheidung

Während sich bei einer effizienten Regel die Parteien außergerichtlich einigen, führt die ineffiziente Regel zum Prozeß, oder anders gesagt: während die effiziente Regel unangetastet bleibt, wird die ineffiziente ständig vor Gericht in Frage gestellt. Diese Infragestellung der ineffizienten Regel führt – so *Rubin* – allmählich zu ihrer Aufgabe, mithin zur größeren Effizienz des Gesamtsystems. Dieses Ergebnis wird durch Folgemodelle bestätigt<sup>64</sup> und soll auch auf das deutsche Zivilrecht, soweit es sich um Richterrecht handelt, anwendbar sein<sup>65</sup>.

Die Frage ist aber, ob dieses Modell überhaupt Aussagen zum richterlichen Entscheidungsverhalten trifft, und wenn, ob diese eine befriedigende Lösung bieten. Für den ersten Teil unserer Frage muß daran erinnert werden, daß die hier zugrundegelegte ökonomische Theorie der Entscheidung nicht psychische Realität abbildet, sondern lediglich besagt, „daß das aus dem seelischen Prozeß resultierende Verhalten das gleiche ist, wie das aus dem Rationalmodell ableitbare“<sup>66</sup>. Daher macht auch die Evolutionstheorie keine Aussagen über die subjektive Geneigtheit von Richtern zum Effizienzziel – sie behauptet nur, daß richterliches Entscheiden (unbewußt) auf Effizienzmaximierung hinausläuft<sup>67</sup>.

Hinzu kommt, – und dies betrifft den zweiten Teil der gestellten Frage – daß selbst diejenigen, die der Evolutionstheorie folgen, die „Richterlosigkeit“ oder die „Statistenrolle“ des Richters bemängeln<sup>68</sup>. In der Tat hängt die Entwicklung effizienter Regeln nach dem beschriebenen Mechanismus nicht vom einzelnen Richter ab, sondern allein von den Interessen und Anreizen der Streitparteien, vor Gericht zu ziehen oder nicht („condition for trial“). Der Effizienzgewinn des Richterrechts ist also weder auf die Anwendung juristischer Techniken, noch auf richterliche Überzeugungen oder Vorlieben zurückzuführen<sup>69</sup>. Mit einer derartigen Ausklammerung der Person des Richters ist das Modell im Zusammenhang mit der Untersuchung des richterlichen Entscheidungsverhaltens kaum brauchbar, was auch *Posner* einräumt: „The literature erected on it [sc. the positive eco-

64 Vgl. *Aranson*, in: *Schulenburg/Skogh* S. 51 ff.; *Priest*, S. 61 f.; *Goodman*, S. 62 f., *Landes/Posner*, S. 63 ff.; *Cooter/Kornhauser*, S. 65; *Terrebonne*, S. 67 f.

65 *Ott*, in: *Ott/Schäfer*, S. 25, 34 f.

66 *Gaefgen*, S. 40.

67 *Kötz/Schäfer*, JZ 1992, 355, 356 zu BGH NJW 1984, 801.

68 Vgl. *Aranson*, in *Schulenburg/Skogh*, S. 51, 58: „judgeless model“; *Landes/Posner*, J.of Legal Studies 1980, 367, 368: „passive spectator“.

69 *Ott*, in *Ott/Schäfer*, S. 25.

conomic theory] cannot claim such great explanatory power as to make uninteresting an attempt to develop a theory of the judicial process in which the behavior of judges is assumed to be an important factor in judicial rules and outcomes“<sup>70</sup>.

## 2. Der Richter als Eigennutzmaximierer

Nehmen wir mit *Posner* an, daß dem Richter eine bedeutende Rolle bei der Urteilsfindung zukommt, so lautet die ökonomische Folgefrage, welche Präferenzen ihn bei der Entscheidungsfindung leiten und wie er versuchen wird, diese im Sinne größtmöglichen Eigennutzes zu maximieren. Dabei stellt sich das Problem, daß dem Richter – anders als sonstigen Personen des politischen Lebens, die nach der Theorie des Public Choice auf ihre Eigennutzmaximierung überprüft werden<sup>71</sup> – wegen seiner finanziellen und politischen Unabhängigkeit keine direkten Präferenzen unterstellt werden können und man deshalb auf die Untersuchung indirekter Anreize nichtpekuniärer Art beschränkt ist<sup>72</sup>. Es muß also zunächst darum gehen, diese indirekten richterlichen Anreize zu definieren.

*Macey*<sup>73</sup>, der den Einfluß richterlichen Eigennutzes auf die Ausgestaltung und Anwendung von Prozeßregeln untersucht, nennt als solchen Anreiz Arbeitersparnis.

Die Begründung für diese Annahme liefert ihm eine Analyse der institutionellen Eigenheiten des amerikanischen Bundesrichterstandes (federal judges) und deren Implikationen, wie sie die Tabelle zeigt (verkürzt):

Tabelle 8: Übersicht über die Präferenzen der Richterschaft<sup>74</sup>

Kennzeichen	Implikationen	Präferenzen
(1) weite Zuständigkeit	hohe Arbeitsbelastung	Arbeitersparnis
(2) Lebenszeitstellung	Unabhängigkeit	Eigennutz
(3) feste Bezüge	Unabhängigkeit	Eigennutz
(4) Zufällige Fallzuteilung	„Uninteressante“ Fälle	Arbeitersparnis

Der weite Zuständigkeitsbereich (1) sei verbunden mit einer komplexen Mischung von einzelstaatlichem und bundesstaatlichem Recht, was eine große Arbeitsbelastung bedeute, die der Richter einzuschränken versuche<sup>75</sup>. Diese Tendenz zur Arbeitersparnis verstärke sich durch die zufällige Fallzuteilung (4) für die „uninteressanten“ Fälle, d.h. diejenigen, die nicht seinen persönlichen Rechtskenntnissen und Vorlieben entsprechen: diese hoffe der Richter in möglichst kurzer Zeit, d.h. mit geringstem Arbeitsaufwand,

70 *Landes/Posner*, J.of Legal Studies 1980, 367, 368.

71 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 30 f.

72 *Alexander*, J.of Legal Studies 1994, 647, 648.

73 *Macey*, J.of Legal Studies 1994, 627 ff.

74 *Macey*, J.of Legal Studies 1994, 627, 631.

75 *Macey*, J.of Legal Studies 1994, 627, 632.



zum Abschluß zu bringen<sup>76</sup>. Aufgrund der ihm eingeräumten Unabhängigkeit (2/3) werde die Verwirklichung dieser Präferenz auch nicht durch äußere Faktoren, z.B. politischen Druck zur Entscheidung bestimmter Fälle verhindert<sup>77</sup>. Damit stellt sich die Frage, wie der Richter diesen Eigennutz maximieren, d.h. seine Arbeitsbelastung reduzieren kann.

Macey unterstellt dazu, daß ein Richter im Laufe seiner Ausbildung zwei unterschiedliche Arten von Kenntnissen erworben: Er besitze zum einen generelle Rechtskenntnisse in Rechtsgebieten, die für die Lösung aller Fälle notwendig seien („generic skills“), zum andern Spezialkenntnisse in Teilgebieten („specific skills“), denen er zufällig während seines Studiums mehr Interesse entgegengebracht habe<sup>78</sup>. Der Rückgriff auf diese erworbenen Kenntnisse für die Falllösung bedeute für den Richter Arbeitersparnis. Ein auf seine Freizeitmaximierung bedachter Richter, der sich seine Fälle nicht selber auswählen könne (4), werde entsprechend versuchen, Fälle, die nicht sein Spezialwissen betreffen („uninteressante Fälle“), mithilfe seiner allgemeinen Kenntnisse zu lösen<sup>79</sup>. Bestes Beispiel für allgemeine Kenntnisse sind für Macey Vorschriften des Prozeßrechts, da diese für jeden Prozeß relevant seien und entsprechend jeder Richter sie kenne. Seine Hypothese lautet daher, daß richterrechtlich geschaffene Prozeßrechtsinstitute und ihre Anwendung der Freizeitmaximierung des Richters dienen.

Eine Analyse vergleichsfördernder Prozeßregeln soll dies belegen. Als Beispiel sei hier „Rule 68“ herangezogen. Diese besagt, daß ein Kläger, der ein Vergleichsangebot des Beklagten ablehnt und vor Gericht geht und dort ein im Verhältnis zum Vergleichsangebot nachteiligeres Urteil erhält, alle nach Scheitern des Vergleichs entstehenden Kosten des Beklagten zu tragen hat<sup>80</sup>. Dies läßt sich juristisch mit der Förderung von Vergleichen und der Entlastung der Rechtspflege rechtfertigen. Macey dagegen erblickt hierin einen Mechanismus, kleine und damit für den Richter ‘uninteressante’ Fälle auszusondern, d.h. einer Vergleichslösung zuzuführen: Die Aufbürdung der Kosten auf den Kläger mindere dessen Anreiz vor Gericht zu gehen, da sich der zu erwartende Gesamtnutzen des Prozesses für ihn verringere. Da es sich bei den durch „Rule 68“ auferlegten Kosten außerdem um fixe Kosten handle, sei die Kostenlast für den Kläger bei kleineren Streitwerten erdrückender als bei hohen. Vergleiche seien also bei kleinen Streitwerten und unbedeutenderen Fällen entsprechend wahrscheinlicher<sup>81</sup>.

Die relative Vergleichsfreudigkeit der Parteien in unbedeutenden Fällen bedeute für den Richter Arbeitersparnis. Entsprechend kommt Macey zu dem Schluß, „Rule 68“ diene weniger dem gütlichen Ausgleich der Parteien als der Entlastung des Richters. Dies sieht er durch eine empirische Untersuchung von „Rule 68“<sup>82</sup> bestätigt: Diese kommt zu dem Ergebnis, daß „Rule 68“ die Vergleichschancen nur dann erhöhe, wenn zwischen den

---

76 Macey, J.of Legal Studies 1994, 627, 632.

77 Macey, J.of Legal Studies 1994, 627, 631.

78 Macey, J.of Legal Studies 1994, 627, 630.

79 Macey, J.of Legal Studies 1994, 627, 630.

80 Zweistufigkeit des Common Law Process : Aranson, in *Schulenburg/Skogh* 1986, 51, 53 f.

81 Macey, J.of Legal Studies 1994, 627, 635 f.

82 Spier, zitiert nach Macey, J.of Legal Studies 23 1994, 627, 636, Fn. 25.

Parteien Einigkeit über die Haftung, aber Streit über die entstandenen Schäden bestehe; in der umgekehrten Konstellation komme es trotz „Rule 68“ zum Prozeß. Unterstellt man mit Macey, daß die Haftungsfrage als rechtliche Frage den Richter eher interessiert als die bloß tatsächliche Frage des Schadens, so läßt sich die unterschiedliche Effektivität der „Rule 68“ damit erklären, daß der Richter sie – bei aus seiner Sicht – „uninteressanten“ Fragen häufiger anwendet<sup>83</sup>.

Nach diesem beispielhaft vorgeführten Modell sind Prozeßregeln somit Instrumente, die dem Richter Arbeit vor allem in den Fällen ersparen helfen, die nicht seinen rechtlichen Vorlieben und Kenntnissen entsprechen. Richterliche Entscheidungsfindung – so ließe sich verallgemeinern – ist demnach richterliche Freizeitmaximierung.

Die diesem Modell zugrundeliegenden Prämissen sind hinsichtlich ihrer Plausibilität von Alexander<sup>84</sup> in Frage gestellt worden. Dagegen, daß die untersuchten Bundesrichter Arbeitsentlastung bzw. Freizeitmaximierung anstrebten, spreche bereits, daß die Wahl des Richterberufs für sie mit hohen Transaktionskosten verbunden sei – bedeute sie doch, auf eine Karriere in der Wirtschaft oder als Anwalt zu verzichten<sup>85</sup>. Selbst wenn man Macey hierin folge, sei die Annahme, der Richter könne durch das Herbeiführen von Vergleichen etwa durch „Rule 68“ Arbeit sparen, falsch, denn die Leitung von Vergleichsverhandlungen verlange vom Richter genauso viel Arbeit wie die Urteilsabfassung<sup>86</sup>. Alexander räumt aber ein, daß letzte Klarheit nur über empirische Untersuchungen zu erreichen sei.

Da solche Untersuchungen mit den Mitteln der ÖAR noch weitgehend fehlen<sup>87</sup>, ist dieser Einschätzung zuzustimmen. Ansonsten bleibt das Modell des *judex oeconomicus*, wie es Macey und Alexander diskutieren, reine Spekulation. Aber auch grundsätzlich steht die Tauglichkeit des ökonomischen Entscheidungsmodells zur Ermittlung richterlichen Entscheidungsverhaltens in Frage. Von juristischer Seite ist beispielsweise darauf hingewiesen worden, daß das Modell des rationalen Eigennutzmaximierers nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Richter entspricht<sup>88</sup>.

Weitergehend kann man sich fragen, ob das Modell überhaupt zur Analyse rechtlichen Entscheidungsverhaltens taugt, das anerkanntermaßen einer Vielzahl von subjektiven und objektiven Einflüssen unterliegt<sup>89</sup>. Auch wenn Modelle zwangsläufig mit Vereinfachungen arbeiten, werden durch die Unterstellung rationalen Urteilens im Sinne der Nutzenmaximierung womöglich die eigentlichen und reizvollen Fragen des richterlichen Entscheidenten ausgeklammert<sup>90</sup>. Das Problem eingeschränkter Rationalität ist der Ökonomie

---

83 Macey, J.of Legal Studies 1994, 627, 634f., 639f.

84 Alexander, J.of Legal Studies 1994, 647.

85 Alexander, J.of Legal Studies 1994, 647, 661.

86 Alexander, J.of Legal Studies 1994, 647, 650 ff.

87 Ausnahme: Ashenfelter/Eisenberg/Schwab, J.of Legal Studies 1995, 257 ff.

88 Fezer, JZ 1986, 817, 822.

89 Adams, JZ 1991, 941, 952 in Bezug auf Wirken rechtlicher Regelungen.

90 Gaefgen, S. 14: „wesentlich fruchtbarer“.

durchaus in anderen Zusammenhängen bekannt und auch berücksichtigt<sup>91</sup>. Auch für das ökonomische Modell richterlichen Entscheidens ist daher zu fordern, die bereits durch andere Wissenschaften erfaßten Defekte menschlichen Entscheidens zu berücksichtigen.

---

<sup>91</sup> Gaefgen, S. 14.